

국제상사계약에서 서식분쟁 사례에 관한 연구

A Case Study on Battle of Forms in International Commercial Contracts*

한 나 희** Na-Hee Han

하 충 룡*** Choong-Lyong Ha

목 차

- | | |
|----------------------------|---------------|
| I. 서론 | IV. 서식분쟁 사례검토 |
| II. 서식분쟁과 해결원칙 | V. 결론 및 합의 |
| III. 헤이그준거법원칙과 CISG에서 서식분쟁 | 참고문헌 |
| | Abstract |

국문초록

오늘날 일반적으로 국제상거래에서는 매수인과 매도인이 표준화된 서식을 이용하여 서로 거래한다. 서식분쟁은 이러한 서식의 교환의 결과이다. 서식분쟁에서 해결되어야 하는 몇 가지 문제들이 있다. 예를 들어, 상이한 조건의 교환으로 계약이 성립하는가? 계약조건은 무엇인가? 어느 당사자의 조건을 적용할 것인가? 누구의 것인가? 등이다.

2015년, 헤이그 국제사법회의는 헤이그준거법원칙을 최종적으로 승인하였다. 해당 원칙은 서식분쟁을 다루고 있다. 또한 2013년, CISG 자문위원회는 CISG에 의거한 표준조건의 편입과 관련한 문제를 해결하기 위한 효과적인 방법을 제기하기 위하여 “Black letter rules”를 채택하였다. 본 연구는 헤이그준거법원칙과 CISG에서 서식분쟁을 관련 규정과 사례를 종합적으로 검토하

* 이 논문은 부산대학교 기본연구지원사업(2년)에 의하여 연구되었음.

** 부산대학교 무역학부 BK+연구팀, 제1저자

*** 부산대학교 무역학부 교수(미국변호사, 뉴욕주), 교신저자

었다. 본 연구의 목적은 양당사자의 서식분쟁 문제를 해결하기 위한 적절한 실무적 해결방안을 제안하는 데 있다.

〈주제어〉 국제물품매매협약, 헤이그준거법원칙, 서식분쟁, last shot 원칙, knock out 원칙, best shot 원칙

I. 서론

우리는 살아가면서 수많은 계약관계에 놓이곤 한다. 하지만 모든 사안들에 대하여 교섭하고 합의하여 결론을 도출하기란 쉽지 않다. 합의를 하더라도 각자는 조금이라도 유리한 지위에 있고 싶어 할 것이다. 이는 국제상거래에서도 마찬가지이다. 국제상거래를 전문으로 하는 당사자들이 매번 계약조건에 합의하는 것은 매우 시간 소모적이면서 비용 소모적이다. 또한 상거래가 대량으로 이루어지는 경우, 각 당사자들마다 거래조건을 교섭하는 것도 힘들다. 이에 실무적으로 국제상거래에 참여하는 매매당사자들은 표준화되고 정형화된 표준서식을 이용하여 거래를 하고 있다.¹⁾ 문제는 양 당사자가 한 번도 검토되지 않았던 내용으로 각자에게 유리한 표준조건을 작성함으로써 서로 충돌하게 된다는 것이다. 그런 경우 먼저, 충돌하는 조건의 교환으로도 계약은 성립하는가? 다음으로, 계약이 성립한다면 계약조건은 무엇인가? 확정된 계약조건은 무엇을 기준으로 하는가? 하는 문제들이 발생한다. 특히, 분쟁해결방법, 준거법합의 등의 조건은 계약 체결 시에는 별다른 문제가 되지 않았다가 분쟁발생시 쟁점이 되어 실질적인 부분으로 작용한다는 것이다.²⁾

2015년 3월 19일, 당사자자치 원칙을 강화하고, 아직 당사자자치 원칙을 수용하지 않은 국가들에게 이 원칙을 확대하기 위하여³⁾ 국제상사계약에서 준거법에 대한 헤이그원칙(The Hague Principles on Choice Law in International Commercial Contracts, 이하 헤이그준거법원칙)이 승인되었다. 헤이그준거법원칙 제6조에서 서식분쟁(Battle of Forms)에 관하여 규정하고 있으며 공식주석을 통하여 몇 가지 시나리오로 나누어 서식

1) 통상적으로 매매계약서 전면에는 계약물품의 기본조건을 두고 이면에는 일반조건과 법적구제조건 등을 미리 서식으로 인쇄하여 이용하고 있다. 강원진, 「무역계약론」 제4판(수정판), 박영사, 2013.

2) 가정준, “민법적 시각에서 본 CISG상의 서식전쟁”, 「국제거래법연구」 제22집 제1호, 국제거래법학회, 2013, p.221.

3) Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts(이하 헤이그준거법 공식주석), para. I.3.

분쟁 해결방안을 제시하고 있다. 그 가운데 국제물품매매계약에 관한 UN협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 이하 CISG)⁴⁾과 관련한 시나리오가 있다. CISG는 상이한 국가에 영업소를 둔 국제물품 매매 계약에 적용되는 국제협약이다. 우리나라에서는 2005년 시행이후 국제물품매매계약에 있어서 민법과 상법의 특별법으로서 역할을 하고 있다. 또한 현재 국제물품매매거래의 약 80%에 CISG가 적용된다고 한다.⁵⁾ 하지만 CISG는 서식분쟁에 관하여 별도의 규정을 두지 않고 있다. 2013년 CISG 자문위원회는 CISG가 표준서식을 다루는 방법에 대한 공식의견을 제시한 바 있다.⁶⁾

국제적으로도 서식분쟁과 관련하여 다양한 해결책들이 나오고 있는 실정이다. 사실 지금까지 우리나라는 서식분쟁과 관련한 입법이 이루어지지 않고 있다. 다행인 것은 비교적 최근까지 서식분쟁과 관련하여 국내적으로도 활발한 연구가 진행되어 왔다는 것이다.⁷⁾ 하지만 본 연구에서는 기존의 서식분쟁과 관련한 해결방안 및 합의를 분석하여보고, 최근 승인된 헤이그준거법원칙이 서식분쟁을 어떻게 해결하려고 있는지를 CISG와 함께 살펴보고자 한다. 또한 주요국들의 최신사례들을 종합적으로 검토함으로써 기존 연구들과 차별을 두려고 한다. 실제로 기업이 서식분쟁을 하게 되면 모든 부담을 고스란히 감당해야 하므로 가능한 경우 서식분쟁의 해결을 위한 최선책과 실무적인 대안을 제시하고자 한다.

4) 2017년 1월 코스타리카와 6월 피지의 가입으로 CISG 회원국은 총 87개국에 이른다. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (2017년 8월 23일 방문확인)

5) Sandra De Vito Bieri · Simon Bachtold, "International Arbitration and Viennan Convention A Love Story?" *Bratschi Siederkehr & Bonb Ltd. Arbitration Newsletter*, August 2014.

6) CISG Advisory Council Opinion No. 13, Inclusion of Standard Terms under the CISG.

7) 송경석·양정호, "국제물품매매계약에 있어서 서식전쟁에 관한 법리연구", 『관세학회지』 제6권 제2호, 한국관세학회, 2005; 우광명·노현수, "국제물품매매계약의 성립에 관한 서식분쟁 해결의 타당한 접근법", 『국제상학』 제23권 제2호, 한국국제상학회, 2008; 박선아, "국제물품매매계약에서 서식전쟁에 관한 연구", 『국제법무』 제1권 제2호, 제주대학교 법과 비교연구소, 2009; 김선국, "비교 계약법적 관점에서 본 CISG: 앞으로의 관제-Battle of Foms와 몇 가지 점을 중심으로-", 『국제거래법연구』 제18집 제1호, 국제거래법학회, 2009; 최창렬, "계약의 서식분쟁(Battle of Forms)에 관한 소고", 『국제거래법연구』 제20집 제2호, 국제거래법학회, 2011; 김진우, "CISG에서의 약관의 충돌문제", 『국제거래법연구』 제20집 제2호, 국제거래법학회, 2011; 가경준, 전계논문; 오세창·박성호, "서식전쟁에 관한 비교법적 연구", 『무역상무연구』 제61권, 한국무역상무학회, 2014; 김성민(a), "서식의 충돌시 계약 내용의 확정" 『민사법학』 제73호, 한국민사법학회, 2015; 김성민(b), "서식의 충돌의 국제사법상 쟁점", 『국제사법연구』 제23권 제1호, 한국국제사법학회, 2017 등이 있다.

Ⅱ. 서식분쟁의 의의와 해결원칙

1. 서식분쟁의 의의

서식(Forms)이라는 것은 우리에게는 익숙하지 않은 용어이다. 영미법상 용어로 서식은 법률문서를 작성하는데 사용되는 일반적인 방법을 말하며, 이는 계약내용을 담고 있는 일체의 방식으로 정의할 수 있다.⁸⁾ 국내에서는 서식 혹은 약관⁹⁾이라는 말을 혼용하여 사용하고 있다.¹⁰⁾ 즉, 서식이나 약관은 기작성되어 이용되는 계약조건을 명시한 약관뿐만 아니라 거래조건이 포함된 서면으로도 쓰인다.¹¹⁾ 또한 분쟁(Battle)이라는 것은 매수인과 매도인의 각각의 서식이 서로 상이한 내용을 담고 있어 충돌하는 모습을 말하는 것이라 할 수 있다. 그러므로 서식분쟁(Battle of Forms)은 계약협상과정에서 매수인과 매도인간 교환된 표준서식의 충돌을 말한다.¹²⁾ *Northrop Corp. v. Litronic Indus.* 사건에서 서식분쟁은 어떤 거래업체가 미리 인쇄된 서식계약의 형태로 청약을 하고, 피청약자가 자체 서식계약으로 회신하는 흔치 않은 상황을 일컫는 다고 하였다.¹³⁾

국제상거래에서 서식분쟁이 논란이 되는 것은 각각의 관할권에서 서식분쟁을 해결하고자 하는 방법들이 상이하다는 것이다. 특히나 이를 해결하기 위한 국가적 차원에서의 원칙은 매우 다양하게 전개되고 있다. 예를 들어, 네덜란드 민법전은 최초로 사용된 표준서식이 우세하다는 입장이다.¹⁴⁾ 영국법과 중국 계약법에 따르면, 최후에 참조한 표준조건이 우세한다. 프랑스와 독일에서는 충돌하는 조건은 전적으로 무시되며 미국의 통일상법전은 이들을 혼용하여 적용하고 있다.¹⁵⁾

8) 자세한 내용은 김성민(a), 상계논문, pp.163-165 참조바람.

9) 약관의 규제에 관한 법률 제2조 제1항 “약관”이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다.

10) 문면상 서식이라는 용어가 약관보다는 좀 더 넓은 의미로 파악된다. 그리고 우리법상 익숙하지 않은 용어인 서식이라고 하여 이를 약관으로 한정하여 볼 필요는 없다. 왜냐하면, 김성민(a)가 지적한 바와 같이, 궁극적으로 약관을 사용했는지 여부와 관계없이 계약내용이 충돌하는 경우에는 서식분쟁에서 다루고 있기 때문이다.

11) 정홍식, “헤이그 국제상사계약 준거법 원칙”, 『통상법률』 제125호, 법무부 국제법무과, 2015, p.30.

12) <https://definitions.uslegal.com/b/battle-of-the-forms/>(2017년 8월 30일 방문)

13) *Northrop Corp. v. Litronic Indus.*, 29 F.3d 1173 (7th Cir. Ill. 1994)

14) Gerhard Dannemann, “The “Battle of the Forms” and the Conflict of Laws”, *Lex Mercatoria : Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds 199, LLP*, 2000, pp.201-202. (네덜란드 민법전 § 6:225(3) 참조.)

15) Marta Pertegas · Brooke Adele Marshall, “Party Autonomy and Its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, *Brook. J. Int'l L. Vol.39:3*, 2014, pp.992-993.

2. 서식분쟁의 해결원칙

현재까지 전 세계적으로 서식분쟁의 문제를 해결하기 위하여 논의되고 있는 해석기준은 보통 전통적인 해결원칙인 Last shot 원칙과 현대적 해결원칙인 Knock-out 원칙으로 크게 나눌 수 있다. 그리고 대안적 방안으로 Best shot 원칙이 제시된 바 있다. 본 장에서는 각각의 원칙들의 의의와 함의를 살펴보고자 한다.

1) 전통적 해결원칙(Last Shot Doctrine)

(1) 의의

Last shot 원칙(최후발포론, 최후서식규칙, 최후 발송자 승리원칙)으로 알려진 해당 원칙은 서식분쟁의 문제를 해결하기 위하여 보통법(Common Law)에서 적용하는 이론으로,¹⁶⁾ 마지막에 제시된 서식이 거절되지 않는 한 계약의 내용으로 되는 규칙이다.¹⁷⁾ 영미보통법상 승낙은 “mirror image rule” 즉, 경상의 원칙을 바탕으로 하고 있어, 청약의 내용과 완전히 일치하여야 한다. 승낙이 청약과 약간만 상이하더라도 새로운 청약이 되므로 계약은 성립하지 아니한다.¹⁸⁾ 자신의 조건에 대한 참조는 타방당사자의 청약의 거절로 간주되며 반대청약으로 취급된다.¹⁹⁾ 그러므로 일방당사자가 타방 당사자의 청약을 무조건적으로 승낙하는 경우에만 계약은 성립한다. 따라서 last shot 원칙에서 계약의 조건은 청약으로 수락된 당사자의 것이며 ‘최후에 발포’하려고 노력해 온 당사자의 것이다.²⁰⁾ 보통은 매도인일 것이다. 왜냐하면 매수인이 청약을 하고 매도인이 확인을 하면서 자신의 조건을 참조하고 물품을 인도하는 경우, 매수인의 물품수령으로 계약은 성립하고 매도인의 조건이 계약조건으로 될 것이기 때문이다. 환언하면, 마지막에 계약조건을 발

16) 송경석·양정호, 전계논문, p.429.

17) 김성민(a), 전계논문, p.169.

18) 박선아, 전계논문, p.73.

19) 한국 민법 제534조도 “승낙자가 청약에 대하여 조건을 붙이거나 변경을 가하여 승낙한 때에는 그 청약의 거절과 동시에 새로 청약한 것으로 본다”고 규정하고 있다. 따라서 서식분쟁과 관련하여 보면, 마지막 서식이 새로운 청약이 되고 이행행위로 그러한 청약을 승낙한 것으로 해석되어 우리나라도 last shot 원칙을 따르고 있는 것으로 보인다. 하지만 민법 제534조는 순차적으로 청약과 승낙이 이루어지는 기본적인 계약성립의 모습을 전제로 규정하고 있다. 김성민(a), 전계논문, p.181.; 실제 거래에서는 청약과 승낙의 구분이 명확하지 않은 경우가 많으므로, 이행행위를 마지막 서식에 대한 승낙으로 볼 수 없는 경우에는 민법 제534조를 적용할 수 없다. 특히, 계약당사자가 서로 상이한 서식을 사용한 경우엔 서식의 불일치이지 상대방 서식에 대한 변경의 의사로 보기 어려우므로 민법 제534조를 적용할 수 없다. 박득배, “계약해석의 범리로써 ‘효율’에 관한 연구”, 「소비자문제연구」 제47권 제3호, 한국소비자원, 2016, p.129.

20) Giesela Ruhl, “The Battle of the Forms : Comparative and Economic Observations”, *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 24:1, 2003, p.191.

송한 당사자의 서식이 반대청약이 되며, 이에 대한 타방당사자의 이행행위를 절대적이고 무조건적인 승낙으로 간주하므로 최후의 계약조건을 제시한 당사자의 서식이 계약내용으로 된다.²¹⁾

(2) 합의

영국법원에서는 서식분쟁의 사례해결을 위하여 전통적인 보통법의 접근방법을 선호하고 있으며 last shot 원칙을 적용하고 있다.²²⁾ 그러나 마지막 표준서식에 대한 반대의사를 반복적으로 그리고 명시적으로 밝히는 경우에는 아무리 최후에 발송을 하였다고 하더라도 그러한 내용이 계약의 내용이 되긴 힘들 것이다.

Last shot 원칙은 계약 내용의 확실성과 예측가능성을 보장하는 이점이 있다.²³⁾ 특히나 국제상거래에서는 법적 확실성을 요구하기 때문에 이것이 장점이 될 수 있다.²⁴⁾ 그러나 다음과 같은 이유에서 비판이 제기되고 있다. 첫째, 최후에 청약을 발송한 당사자를 부당하게 지지함으로써 임시적인 해결방법을 제시할 뿐이라는 것이다.²⁵⁾ 둘째, 이행이 이루어질 때까지 계약의 존재를 부정한다.²⁶⁾ 셋째, 양 당사자가 자신에게 유리한 표준약관을 남발하도록 조장하여 시간을 낭비한다. 최후의 약관이 누구 것인가에 따라 계약내용이 달라지므로 당사자들이 이를 악용할 소지가 있다.²⁷⁾ 넷째, 표준약관을 대량으로 보내도록 하여 자원낭비와 높은 거래비용을 발생시킨다.²⁸⁾

2) 현대적 해결원칙(Knock-out Doctrine)

(1) 의의

knock-out 원칙(충돌배제원칙, 상충배제설)이라고 칭하는 해당 원칙은 청약과 승낙의 완벽한 일치가 아니더라도 계약에 구속되고자 하는 당사자의 의사 즉, 당사자자치를 반영하는 것이 부합하다는 관점에서 출발한다.²⁹⁾ 계약의 이행은 상충하는 표준서식임에도

21) 우광명·노현수, 전제논문, p.10.

22) Siti Fairuz Binti Nor Azhar, "Battle of Forms in the Formation of International Commercial Contract: An Assessment of their Comparative Merit", *Vanc. J. Int. Bus. Law. Vol.1, No.1*, 2017, p.23.

23) 김성민(a), p.170.

24) 최창렬, 전제논문, p.227.

25) Caroline N. Brown, "Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work" *69 N.C. L. Rev.* 893, 1991, pp.902-903.

26) Giesela Ruhl, *op.cit.*, p.209.

27) 석광현, 「국제물품매매계약의 법리」, 박영사, 2010, p.95.

28) Siti Fairuz Binti Nor Azhar, *op.cit.*, p.31.

계약의 성립을 바라는 당사자의 의사의 표현이다.³⁰⁾ 즉, 청약과 승낙이 완벽하게 일치하지 않는 경우에도 계약은 존재하며, 이때 양 당사자가 주고받은 표준서식 중 본질적으로 공통된 조건들이 계약의 내용이 되는 것이다. 나머지 상이한 부분은 서로 제거되며 해당 부분의 공백을 법률의 임의법규(혹은 일반원칙)로 대체된다.³¹⁾ Knock-out 원칙이 적용된 배경으로 1912년 프랑스 상사법원의 판결례가 있다. 해당 판결에 따르면, 양 당사자가 계약의 본질적인 부분에 합의한 경우에는 계약은 성립하며, 저촉하는 표준조건은 보통법에 의해 보충되어야 한다고 결론 내렸다.³²⁾

Knock-out 원칙은 전통적인 last shot 원칙에서 파악된 결점들을 해결하기 바라는 의도에서 독일, 미국, 프랑스 등의 국가에서 적용되어 오고 있으며, 국제상사계약법에 관한 UNIDROIT 원칙³³⁾이나 유럽계약법원칙³⁴⁾ 등의 국제규범에서도 채택하고 있는 원칙이다.³⁵⁾ 상이한 원칙들에서 문구가 다양하긴 하지만, 핵심 메시지는 동일하다. 즉, 계약은 충돌하는 표준조건이 있더라도 체결되어지고 충돌하는 조건은 배제되는 것이다.³⁶⁾

(2) 합의

Knock-out 원칙은 어느 일방만을 우선시하지 않으므로³⁷⁾ 보다 합리적으로 서식분쟁을 해결한다는 장점이 있다.³⁸⁾ 그러나 저촉 표준조건에 양 당사자의 조건이 아닌 법률의 임의법규의 적용이 국제상거래에서 이용되는 가장 효율적인 원칙은 아니다.³⁹⁾ 즉, 당사자의 의사가 일치하는 것은 유효한 계약의 존재일 뿐, 임의법규의 적용이라는 ‘중립적인 결과’가 분쟁이 된 계약당사자의 의도의 선상에 있지 않다는 것이다.⁴⁰⁾ 다시 말해, 임의법규를 적용하는 것이 당사자가 진정으로 바라는 것인가 하는지 이다.

29) 박선아, 전계논문, p.75.

30) 김진우, 전계논문, p.178.

31) 송경석·양정호, 전계논문, pp.433-434.

32) 우광명·노현수, 전계논문, pp.11-12.; 최창렬, 전계논문, pp.228-229.

33) UNIDROIT Principles(2016) Art. 2.1.22 Battle of forms.

34) Principles of European Contract Law(2002) Art. 2:209 Conflicting General conditions.

35) Giesela Ruhl, *op.cit.*, p.199.

36) Kasper Steensgaard, *op.cit.*, p.13.

37) 김성민(a), 전계논문, p.173.

38) 최창렬, 전계논문, p.229.

39) Giesela Ruhl, *op.cit.*, p.218. 임의법규는 사실 많은 다양한 상황에서 상이한 거래에 적용되어지므로, 양 당사자만을 위한 가장 효율적인 방법이라고 단언하기는 어려울 것이다.

40) Siti Fairuz Binti Nor Azhar, *op.cit.*, p.26.

3) 대안적 방안 (Best shot Doctrine)

(1) 의의

Goldberg교수가 제안한 대안적 해결방안인 Best shot 원칙이 있다.⁴¹⁾ Best shot 원칙은 계약의 성립에 대하여는 knock-out 원칙과 동일한 접근방법을 취하지만 계약조건을 결정하는 데는 새로운 메커니즘을 제시하고 있다.⁴²⁾ 해당 원칙은 효율성을 기반으로 하고 있다.

먼저, 계약의 성립과 관련하여, 계약은 청약과 승낙이 완벽하게 일치하지 않는 때에도 당사자들이 실제로 계약에 구속되고자 한다면 성립한다. 다음으로, 계약의 내용과 관련하여, 당사자들이 제시한 표준서식 중 가장 공정한 서식으로 계약내용을 확정하는 것이다.⁴³⁾ 서식분쟁문제를 해결해야 하는 법원이 가장 효율적인 조건을 가진 표준서식을 선택할 것인데, 양 당사자의 서식 가운데 하나를 선택해야 한다.⁴⁴⁾ 즉, 당사자들 가운데 일방의 서식이 효율적인 것으로 결정되고, 그러한 서식이 전체계약의 내용을 확정한다. 때문에 각 당사자들이 보다 효율적인 조건으로 표준서식을 작성할 동기를 부여한다는 것이다.⁴⁵⁾

(2) 함의

Best shot 원칙은 법원이 구체적인 사안마다 효율성을 검토해야하므로 last shot 원칙과 knock-out 원칙보다 더 높은 거래비용을 수반할 수 있다. 하지만 best shot doctrine이 적절하게 작동하면, 양 당사자들의 표준서식은 불일치가 점점 줄어들게 될 것이며 분쟁을 법정 밖에서 해결할 것이기에 거래비용을 줄일 수 있다.⁴⁶⁾ 더욱이 해당 원칙이 적용되면 계약의 내용에 추가하거나 상이한 것에 의존하지 않고 문제를 해석할 수 있을 것으로 본다.⁴⁷⁾

안타깝게도 Best shot 원칙은 경제적 효율성을 기반으로 하고 있긴 하지만, 실제로 이를 적용한 판례가 전무할 뿐만 아니라 이를 받아들인 입법례도 없다. 뿐만 아니라 무엇이 공정한 것이지를 판단하는 법적 근거도 없다.⁴⁸⁾

41) Victor P. Goldberg, "The Battle of the Forms : Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule", 76 *Or. L. Rev.* 155, 1997, pp.166-171.

42) Giesela Ruhl, *op. cit.*, p.221.

43) 김성민(a), 전계논문, p.170.

44) Siti Fairuz Binti Nor Azhar, *op. cit.*, p.33.

45) Giesela Ruhl, *op. cit.*, p.222.

46) Siti Fairuz Binti Nor Azhar, *op. cit.*, p.34.

47) 가정준, 전계논문, p.226.

48) 김성민(a), 전계논문, p.172.

Ⅲ. 헤이그준거법원칙과 CISG에서 서식분쟁

1. 헤이그준거법원칙에서 서식분쟁

1) 헤이그준거법원칙 제6조

전 세계의 국가들을 대상으로 국제계약의 준거법에 있어 각국의 국제사법을 통일시키려는 목적을 가진⁴⁹⁾ “헤이그준거법원칙”은 당사자 자치를 기본이념으로 하고 있다. 해당 원칙은 국가가 직접 적용하거나 또는 국내법에 편입해야 할 의무를 부담하는 조약처럼 공식적인 구속력은 가지지 않는다.⁵⁰⁾ 원칙은 각국의 입법자들에게 준거법의 선택규칙을 입안하거나⁵¹⁾ 현존하는 준거법 선택규칙을 보충·발전시키는데 사용할 수 있는 통일적 모델을 제공하고 있다.⁵²⁾ 특히, 서식분쟁문제를 실무적 차원에서 해결하기 위하여 새로운 규칙을 정립하여 제공하고 있다.⁵³⁾

당사자들의 표준서식이 상이한 준거법을 지정하는 경우 준거법에 관하여 서식분쟁이 발생한다. 이 경우 준거법의 결정에 관하여 지금까지 다양한 견해가 있었으나, 통일된 형식의 해결방안은 부재한 상태이다.⁵⁴⁾ 헤이그준거법원칙 제6조는⁵⁵⁾ 준거법과 서식분쟁에 대한 합의에 대하여 규정하고 있는데, 동조는 당사자들이 준거법 선택에 동의하였는지 여부를 어떤 법에 따라 결정하는지를 다루고 있다. 제1항은 당사자들이 서로 다른 준거법을 지정하는 서식 또는 약관을 사용한 경우(제1조 b)와 그 외의 경우(제1조 a)를 구분하고 있으며 제2항은 제1항에 대한 예외를 규정하고 있다.⁵⁶⁾

49) 권종걸, “국제상사계약의 준거법에 관한 헤이그준거법원칙상 준거법으로서 법규범 지정”, 「동북아법연구」 제10권 제1호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016, pp.474-475.

50) 헤이그준거법원칙 공식주석, para. I. 8.

51) 헤이그준거법원칙을 수용한 대표적인 국가는 파라과이로, 파라과이는 당사자자치원칙을 인정하지 않았다가, 헤이그준거법원칙이 승인되기도 전에 이를 적극 수용하였다. Brooke Adele Marshall, “The Hague Choice of Law Principles, CISG and PICC : A Hard Look at a Choice of Soft Law”, *Max Planck Private Law Research Paper No. 16/27*, 2016, p.2.

52) 정홍식, 전계논문, p.15.

53) Marta Pertegas · Brooke Adele Marshall, op.cit., p.979.

54) 정홍식, 전계논문, p.31.

55) 제6조 법선택에 관한 약정과 서식분쟁: 1. 제2항에 따르는 것을 조건으로 (a) 당사자들이 법의 선택에 합의하였는지 여부는 합의하였다고 주장된 법에 의하여 결정된다. (b) 당사자들이 다른 법들을 지정하는 표준 서식을 사용하고, 그 두 개의 다른 법들에 따르면 동일한 표준조건이 우선하는 경우에는 그 표준서식에서 지정된 법이 적용된다. 만일 이러한 법들에 의거 상이한 표준서식이 우선하거나 어느 표준서식도 우선하지 않는 경우에는 준거법은 지정되지 않은 것으로 한다. 2. 만일 그러한 상황에 의거, 제1항에 의거 명시된 법에 따라 그러한 결정을 하는 것이 합리적이지 않은 경우에는, 일방당사자가 영업소를 가지는 국가의 법이 그 당사자가 법의 선택에 동의하였는지 여부를 결정한다.

헤이그준거법원칙의 공식주석에서 서식분쟁 문제에 현존하는 국제적, 초국가적 또는 지역적 규범들과 대부분 국가의 국제사법은 아직까지 표준서식에 법선택 조항이 충돌하는 상황에서 준거법 문제를 다루지 않고 있다. 때문에 표준서식을 사용한 국제계약의 당사자들은 궁극적으로 어떤 법이 계약을 규율하는지 합리적으로 예측할 수 없게 되며, 이는 분쟁발생시 중요한 문제임을 지적하였다.⁵⁷⁾ 이에 몇 가지 시나리오와 그에 대한 해결책을 제시하고 있다.⁵⁸⁾

2) 헤이그준거법원칙과 CISG

(1) 헤이그준거법원칙 시나리오

물품매매계약은 표준서식의 교환을 포함하는 특히 빈번한 국제상사계약의 형태이다. 이러한 계약과 관련하여 전 세계 80개국 이상에서⁵⁹⁾ 효력이 있는 CISG가 고려의 대상이 될 수 있다. CISG의 실무적 중요성을 고려할 때, 헤이그준거법원칙과 CISG의 관계에 대하여 논의하는 것이 적절한 것으로 보인다.⁶⁰⁾

헤이그준거법원칙에서 제시하고 있는 시나리오 4는 다음과 같다; “A는 국제매매계약에서 표준서식에 CISG의 체약국인 X국가의 법을 준거법으로 지정한다. B는 표준계약에서 CISG의 체약국인 Y국의 법을 준거법으로 지정하면서 명시적으로 CISG를 배제한다. Y국의 일반계약법은 knock-out 원칙을 채택하고 있다. 이 사건은 CISG 체약국의 법원에 제소된다.”

CISG 제1조의⁶¹⁾ 적용요건이 충족되는 경우, CISG 체약국의 법원은 협약에 구속되어 CISG를 적용하여야 한다. 그러나 헤이그준거법원칙 제6조에⁶²⁾ 따라 당사자들은 그 적용을 배제할 수 있다. 헤이그준거법원칙 제7조는⁶³⁾ 분리가능성(severability) 원칙을 채택하고 있으므로, 이를 시나리오 4에 적용하면, 준거법원칙은 법선택 합의를 규율하는 반면, CISG는 주계약인 매매계약을 규율한다. 헤이그준거법원칙에 따르면 시나리오 4의

56) 헤이그준거법원칙 공식주석, para. 6.1.

57) 헤이그준거법원칙 공식주석, para. 6.11

58) 헤이그준거법원칙 공식주석, paras. 6.13-6.27.; 시나리오 1은 당사자들이 지정한 두 개의 법이 모두 서식 분쟁에 last shot rule을 규정하는 있는 경우를, 시나리오 2는 당사자들이 지정한 법이 서식분쟁에 대해 각각 다른 해결방안을 택하고 있는 사안이며, 시나리오 3은 당사자들이 지정한 법 양자 또는 그 가운데 하나가 서식분쟁에 knock-out rule을 채택한 경우를, 끝으로 시나리오 4에서 국제매매계약 당사자들 사이에 발생하는 사례를 각각 살피고 있다.

59) 앞서 밝힌 바와 같이, 2017년 현재 가입국은 87개국이다.

60) 헤이그준거법원칙 공식주석, para. 6.23.

61) CISG, Art. 1

62) CISG, Art. 6.

63) 헤이그준거법원칙 Art. 7 - Separability; “A choice of law cannot be contested solely on the ground that the contract to which it applies is not valid.”

준거법선택의 합의와 관련한 서식분쟁은 제6조 제1항 (b)의 범위에 속한다.⁶⁴⁾

헤이그준거법원칙 시나리오 4에서 당사자들의 각 약관에 기재된 법선택 조항들은 적용되지 않고, 매매계약은 CISG에 의해 규율될 것이다. Winship은 이 같은 헤이그준거법원칙의 해결을 반대하면서 CISG의 적용을 통하여 CISG 제6조의 적용배제가 있는 확인하고 있다.⁶⁵⁾ 또한 그는 국제사법으로 해결하기 전에 CISG 제7조 제2항에 따라 해결되지 않는 사항은 협약의 일반원칙을 검토하여야 한다고 지적하고 있다.⁶⁶⁾ 시나리오 4와 같이 일방의 표준서식에만 적용배제가 있는 경우에는 적용배제 합의가 있다고 어려우므로 CISG가 적용된다고 설명한다.⁶⁷⁾

3) 합의

2012년 특별위원회 회의에서 상당한 발전은 표준서식계약의 교환을 통하여 법선택을 한 경우 즉, 서식분쟁에 대한 조항을 채택한 것이었다. 해당조항은 국가법에 따라 존재하고 있는 다양한 해결방안에 정확성을 부과하려는 시도를 하였다.⁶⁸⁾

하지만 당사자들이 특정국가의 법을 준거법으로 지정하였으나 그 국가의 법이 서식분쟁과 관련하여 어떠한 해결방안을 취하고 있는지를 법원이 판단하여야 하는 부담감과 동시에 당사자들에게 결국은 법적 불확실성으로 이어진다는 것이다. 뿐만 아니라 우리나라를 포함하여 서식분쟁에 대한 해결원칙을 표명하지 않고 있는 국가들이 있다는 점이다.

중립적이고 종합적인 준거법으로서의 역할을 할 수 있는 CISG와 같은 준거법이 필요하다. 이를 위하여 헤이그준거법원칙에서 CISG와 관련한 시나리오를 제시하고 있다. 그러나 시나리오 4의 전제조건은 Y국의 법이 knock-out 원칙을 취하고 있다는 것인데, 만약 Y국의 일반법이 last shot 원칙을 취하거나 혹은 CISG 비체약국법을 선택한다면 그 결론은 달라질 것이다. 때문에 헤이그준거법원칙에 따른 해결은 오히려 문제를 더 복잡하게 하면, 그 결론 또한 명확하지 않은 문제가 있다.⁶⁹⁾

64) 헤이그준거법원칙 공식주석, para. 6.27. 그 이유는 다음과 같다. (a) A의 표준약관은 CISG를 포함하여 X국의 법을 지정하였고, CISG 제19조는 last shot rule 또는 knock-out rule을 채택하고 있으며, (b) B의 표준약관은 CISG를 배제하면서 Y국가의 법을 지정하고 있고, Y국가의 법은 knock-out rule을 채택하고 있다. 이 사안에서 지정된 법 중 하나가 knock-out rule을 적용하고 있어 '우선하는 약관이 없는 경우'가 되어 결과적으로 준거법이 없는 경우에 해당된다. 따라서 헤이그준거법원칙에 따라 A와 B의 표준서식의 법선택 조항, B약관에서 CISG를 배제하는 조항은 모두 적용될 수 없다.

65) Peter Winship, "The Hague Principles, The CISG and The "Battle of Forms"", *4 Penn. St. J.L. & Int'l Aff.* 151, 2015, p.159.

66) Peter Winship, *ibid*, pp.161-162.

67) Peter Winship, *ibid*, pp.162-163.; 김성민(b), 전계논문, p.144.

68) Marta Pertegas · Brooke Adele Marshall, *op.cit*, pp.975-1003.

69) 김성민(b), 전계논문, p.143. 각주 80 참고.

2. CISG적용과 서식분쟁

1) CISG 적용범위

국제물품매매에서 국제적으로 적용되고 있는 준거법에 CISG가 있다.⁷⁰⁾ CISG는 국제 물품매매계약을 규율하고 상이한 사회적·경제적 및 법적 제도를 고려한 통일규칙을 채택하는 것이 국제거래상의 법적 장애를 제거하는데 기여하고 국제거래의 발전을 증진하는 것이라는 목적을 위하여 채택되었다.⁷¹⁾ 우리나라에서는 2005년 3월 1일부터 CISG가 시행되어 민법과 상법의 특별법으로서 역할을 하고 있다. CISG에서 서식분쟁을 어떻게 다루고 있는지를 살피기 위하여 CISG의 적용범위에 관한 내용을 간략히 살펴보고자 한다.

(1) CISG 적용

CISG는 그 명칭에서 알 수 있듯이, 모든 국제물품의 매매에 적용되는 것이 아니라 영업소가 상이한 국가에 위치한 당사자 간 물품의 매매에 적용한다.⁷²⁾ CISG 제1조 제1항 (a)에 의거 당사국이 모두 계약국인 경우와 (b)에 의거 국제사법 규칙에 따라 계약국법이 적용되는 경우에 적용된다.⁷³⁾ 계약국의 매매당사자들 간 물품매매에 대하여는 실질법으로 CISG가 준거법이 되고, 국내의 국제사법규칙은 검토대상이 아니다.⁷⁴⁾ 예를 들어, 미국 캘리포니아 연방법원은 *Golden Valley* 사건에서 “CISG는 해당계약에 준거법조항이 달리 포함되어 있더라도 해당 국가가 계약국이라면 상이한 영업소를 둔 당사자간 물품의 매매계약에 적용된다”고 하였다.⁷⁵⁾ 또한 리베리아 사건에서, 서울고등법원은 원고와 피고가 각각 호주와 대한민국에 주된 사무소를 두고 있는 물품매매계약으로, 양국이 계약국이므로 해당 사건의 계약에 관하여는 CISG가 준거법이 된다고 판단하였다.⁷⁶⁾ 우리나라의 판결에서, 양 당사자가 협약의 계약국에 영업소를 두고 있어 직접적용에 따라 CISG가 적용되었다. 그리고 판결에서 CISG가 우리나라의 민·상법에 우선함을 확실히

70) 이병문·고상훈, “CISG상 약관의 계약편입에 관한 연구”, 『무역학회지』 제42권 제1호, 한국무역학회, 2017, p.258.

71) CISG 전문.

72) CISG Art. 1(1).

73) CISG Art. 1(1)(a)를 직접적용, (b)를 간접적용이라 한다. 또한 계약국은 (b)에 구속되지 아니한다는 취지의 선언을 할 수 있다. CISG Art. 95.

74) UNCITRAL Digest of Case Law on the UN Convention on CISG, 2016, p.4.

75) *Golden Valley Grape Juice & Wine, LLC v. Centrisys Corp.*, 2010 WL 347897, 2 (E.D. Cal. 2010).

76) 서울고등법원 2011. 10. 27. 선고 2011나8463 판결

하고 있다.⁷⁷⁾

(2) CISG 적용배제

CISG는 매매계약의 당사자들에게 CISG 전부나 일부를 달리 합의할 수 있는 권한을 당사자에게 부여하고 있다.⁷⁸⁾ “CISG의 어떤 규정에 대하여도 그 적용을 배제하거나 효과를 변경할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉, CISG 이외 다른 준거법을 따를 수 있는 유연성을 부과 하고 있는 것이다. 그러한 배제의 방법이 명시적으로 되어야 하는지 혹은 묵시적으로 하여야 하는지에 대하여는 CISG에서는 침묵하고 있다.⁷⁹⁾

우리나라의 판례에서 “협약은 체약국인 대한민국의 법의 일부로 대한민국 민·상법에 대한 특별법이므로 당사자가 대한민국 법을 준거법으로 합의하였다는 사정만으로 협약의 적용이 배제되지 않는다고 판결”하였다.⁸⁰⁾ 이러한 동향은 다른 국가에서도 살펴볼 수 있는데, 미국의 *Travelers Property* 사건에서 원고는 CISG의 적용을 피고는 미네소타주의 통일상법전 적용을 주장하였으나, 법원은 미네소타주법은 CISG를 포함하므로 해당 사건에 CISG가 적용된다고 하였다. 또한 캐나다와 미국의 양 당사자는 CISG 체약국에 위치해 있으므로 CISG를 명시적으로 배제하지 않는 한 CISG를 적용한다고 하였으며, 단순히 특정 주법을 참조하는 것이 CISG를 배제하는 것이 아니라고 지적하였다.⁸¹⁾

2) CISG와 서식분쟁

(1) CISG 제19조

CISG는 표준서식의 충돌에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 않아⁸²⁾ 일부에서는 이 문제에 대하여 국제사법에 의하여 지정될 각국의 국내법이 적용되어야 한다고 주장한다. 그러나 국제사법에 의한 지정으로 국내법이 적용되기 위하여서는 CISG 제7조 제2항에⁸³⁾ 따라 일반원칙의 공백이 있어야 한다. 때문에 많은 학자들은 국제사법의 적용을 부

77) 석광현, “국제물품매매협약(CISG)을 적용한 우리 판결의 소개와 검토”, 「국제거래법연구」 제20집 제1호, 국제거래법학회, 2011, p.89.

78) CISG Art. 6.

79) 한나희·하충룡, “미국법원의 판례를 통한 CISG 적용상의 합의”, 「통상정보연구」 제18권 제4호, 한국통상정보학회, 2016, p.208.

80) 이혜민, “국제물품매매에 관한 UN협약(CISG) 발효 후 10년, 우리 판결례의 동향과 시사점”, 「사법논집」 제61집, 사법발전재단, 2015, p.243.

81) *Travelers Property Cas. of America v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Ltd.*, 474 F.Supp.2d 1075, (D. Min. 2007) 1081-1082.

82) 최창렬, 전제논문, p.229.

83) 이 협약에 의하여 규율되는 사항으로서 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제는, 이 협약이 기초하고 있는 일반원칙, 그 원칙이 없는 경우에는 국제사법 규칙에 의하여 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다.

정하고 CISG상 일반원칙에 따라 결정될 수 있다고 주장한다.⁸⁴⁾ 표준서식의 충돌은 ‘외 적합치’의 문제로 계약성립에 관한 규정 즉, CISG 제19조를⁸⁵⁾ 출발점으로 판단하여야 한다는 것이다. 하지만 그 구체적인 내용에 관하여는 여전히 논란이 지속되고 있다.⁸⁶⁾

CISG 제19조 제1조는 승낙을 의도하고 있으나, 부가, 제한 그 밖의 변경을 포함하는 청약에 대한 응답은 청약에 대한 거절이면서 또한 새로운 청약이 된다고 하여 전통적인 경상의 원칙을 반영하고 있다.⁸⁷⁾ 따라서 청약과 승낙은 정확하게 일치하여야 한다. 국제상거래 환경에서 제1항은 지나치게 경직되어 있는데, 이러한 경상의 법칙을 제2항에서 완화시키고 있다. 즉, 중대하지 않은 변경은 그 상위에 대하여 부당한 지체 없이 이의를 제기하거나 그러한 취지의 통지를 발송하지 않는 한 변경된 승낙이 승낙의 내용이 된다.⁸⁸⁾ 그리고 제3항에서 중대한 변경에 대하여 예시하고 있다. 즉, 대금, 대금지급, 물품의 품질과 수량, 인도의 장소와 시기, 당사자 일방의 상대방에 대한 책임범위 또는 분쟁 해결에 관한 부가적 조건 또는 상이한 조건은 청약조건을 실질적으로 변경하는 것으로 본다고 하고 있다.⁸⁹⁾ 때문에 조문상 CISG가 계약의 성립에 관하여는 last shot 원칙을 택하고 있는 것으로 보이며, 계약내용의 확정문제에 대하여는 knock-out 원칙이나 last shot 원칙인지 논란이 있으나, 해석상 last shot 원칙을 취하고 있다고 보는 것이 우세하다.⁹⁰⁾

(2) 자문위원회 의견(CISG AC No.13)

당사자 간 표준서식과 관련하여 분쟁이 지속적으로 발생하여, 이에 대한 논란을 줄이고 국제상거래의 안정성을 담보하기 위한 노력으로⁹¹⁾ 2013년 1월 20일에 CISG상 표준서식의 계약편입을 어떻게 다루어야 할지에 대한 공식의견을 제시하였다. 자문위원회는 서식분쟁에 관하여 CISG상 명시규정은 없으나, CISG상 계약의 성립에 관한 규정에서 다루어지므로 국내법의 적용여지가 없음을 밝히고 있다.⁹²⁾ 비록 last shot 원칙을 적용하는 것이 제19조의 문구해석에 부합하는 것처럼 보이지만, 이는 당사자들에게 불공정한 것이며 거래관계를 예측하기 매우 어렵게 한다고 지적하고 있다.⁹³⁾ knock-out 원칙은

84) 이병문·신건훈, “CISG상 약관의 편입에 관한 최근 판례연구”, 「무역연구」 제13권 제1호, 한국무역연구원, 2017, p.349.

85) CISG Art. 19.

86) 김진우, 전계논문, pp.169-170.

87) CISG Art. 19(1). 한국 민법 제534조, 독일민법 제150조 제2항도 그러하다.

88) CISG Art. 19(2).

89) CISG Art. 19(3).

90) 최창렬, 전계논문, p.230.

91) 이병문·고상훈, 전계논문, p.258.

92) CISG Advisory Council(2013), Comments 10.4.

일방당사자가 사전에 명시적으로 자신의 것이 아닌 다른 표준조건에 구속되지 않음을 표시함으로써 이 원칙의 적용을 명시적으로 배제하지 않는 한 서식분쟁의 경우에 적용할 것이다. “양 당사자가 각자의 약관을 계약에 편입하려고 하면서 일부 조항을 제외하고 합의에 이르렀다면, 계약은 협상된 조건과 표준서식의 내용 중 실질적으로 공통된 내용으로 이루어진다. 다만, 일방 당사자가 사전에 혹은 사후라도 부당한 지체 없이 그러한 기초 하에 계약을 성립시키는 것에 대해 확실히 반대 의사를 표시하면 그러지 아니한다”⁹⁴⁾고 하고 있어, CISG 자문위원회가 knock-out 원칙을 지지하고 있음을 알 수 있다.

IV. 서식분쟁 사례검토

헤이그준거법원칙이 제시하고 있는 서식분쟁에 관한 해결방안은 결국은 법원이 CISG를 어떻게 해석하느냐에 따라 달라질 것이다. 따라서 이하에서는 서식분쟁과 관련한 사례를 살펴보고자 한다. 또한 주요국 가운데 last shot 원칙을 고수하고 있는 영국의 사례도 간략히 검토할 것이다.

1. CISG 적용사례

1) 미국에서 CISG 적용사례

초기에 미국에서 서식분쟁과 관련하여 보고된 사건으로 *Filanto SpA v. Chilewich International Corp.*은⁹⁵⁾ 원고인 이탈리아회사(Filanto)는 피고 뉴욕회사(Chilewich)와 러시아기업 간의 합의를 충족하기 위하여 부츠를 제공하는 계약을 체결하였다. 해당 계약서에는 러시아에서 중재를 하도록 규정하고 있는 외부계약을 참조하고 있었다.⁹⁶⁾ 법원은 이를 결정함에 있어 UCC가 아닌 CISG를 적용하였다. 또한 이러한 외부계약의 참조를 포함하고 있는 최종 반대청약을 확인하였고, 수령 당사자의 이행이 그러한 청약을 승낙하는 것이라고 판결 내렸다.⁹⁷⁾ *Megellan v. Salzgitter* 사건에서⁹⁸⁾ 법원은 미국내 철

93) CISG Advisory Council(2013), Comments 10.6.

94) CISG Advisory Council, BLACK LETTER RULES, para. 10.

95) *Filanto, S.p.A. v. Chilewich Int'l Corp.*, 789 F.Supp 1229 (S.D.N.Y. 1992)

96) *Id.* at 1231.

강유통업자인 Megellan과 독일 철강중개상인 Salzgitter 간 분쟁으로, 해당 사건은 철강 “물품”의 매매 및 구매와 관련한 사안으로 CISG가 적용된다고 판단하였다.⁹⁷⁾ 양 당사자의 청약과 반대청약을 지속적으로 주고받았으며, 계약이 체결된 청약은 매수인의 신용장 발행 즉, 이행으로 승낙이 이루어졌으며 계약은 그로써 체결된 것이라고 판결하였다.¹⁰⁰⁾ 이처럼 미국은 CISG를 적용하는 사안에서 주로 last shot 원칙을 적용하고 있는 것으로 보인다.

한편, 2011년 *Hanwha v. Cedar Petrochemicals* 사건에서¹⁰¹⁾ 법원은 상이한 접근 방법을 채택하였다. 한국기업인 원고인 Hanwha가 피고 Cedar에 소송을 제기하였다. 쟁점은 당사자의 물품매매에 대한 계약에서 법선택 조항이 상이하다는 것이었다.¹⁰²⁾ 법선택조항에 양 당사자는 CISG를 배제하기로 하였으나 이를 대체할 법에 대하여 합의에 이르지 않고, Hanwha는 싱가포르 법을 지정하고 Cedar는 뉴욕주법과 UCC를 지정하였다. 이러한 상황은 계약당사자들이 동의하지 않은 조건은 계약의 일부가 아니라고 한 UCC §2-207(b)에서 규정한 것과 다르지 않음을 지적하였다. 이에 법원은 당사자들이 CISG를 대체하기 위한 실질적인 법에 동의하지 않았으며, 두 조항은 배제되어야 한다고 하였다.¹⁰³⁾ 양당사자는 CISG 체결국에 있지만, 다른 준거법을 지정함으로써 CISG의 실체조건을 배제하려는 시도를 하였다. CISG의 배제하려는 의도는 분명하고 명확하게 이루어져야 한다고 지적하면서, 해당사안에 법원은 준거법으로 CISG를 적용하였다.¹⁰⁴⁾ 결과적으로 last shot원칙에 따라 청약을 판정하였다.¹⁰⁵⁾ 최근 2013년 *Roser Techs., Inc. v. Carl Schreiber GmbH* 사건에서도 법원은 CISG에 의거 서식분쟁과 관련하여 결정적 요인은 계약이 성립되었을 때이며, 계약의 조건은 계약체결 이전에 만들어진 마지막 청약에서 구체화된 것이라고 하였다.¹⁰⁶⁾ 즉, CISG는 기본적으로 “경상의 법칙”을 채택하고 있음을 일관적으로 시사하고 있으며 CISG가 적용되는 사건에서는 last shot 원칙을 적용하는 것으로 보인다.

97) *Id.* at 1237-1241.

98) *Magellan Int'l Corp. v. Salzgitter Handel GmbH*, 76 F.Supp.2d 919 (N.D.Ill 1999).

99) *Id.* at 924.

100) *Id.* at 925.

101) *Hanwha Corp. v. Cedar Petrochemicals, Inc.*, 760 F. Supp. 2d 426 (S.D.N.Y. 2011).

102) *Id.* at 427.

103) *Id.* at 431.

104) *Id.* at 430-431

105) *Id.* at 432-433.

106) *Roser Techs., Inc. v. Carl Schreiber GmbH*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 129242, 11-12 (W.D. Pa 2013).

2) 독일에서 CISG 적용사례

독일에서 knock out 원칙이 적용되고 있는 것은 1980년대 이후로, 그 이전까지는 last shot 원칙을 적용했었다.¹⁰⁷⁾ 1995년 Knitware case에서 켈 지방법원은 두 개의 충돌하는 책임조항이 배제되어야 한다고 하였다. 원고인 이탈리아 매도인은 니트웨어의 제조업자이며 피고인 독일매수인은 니트 판매업자였으며, 쟁점은 상이한 준거법조항을 포함한 표준서식의 효력이었다. 이에 법원은 당사자들이 이행을 진행하였음에도 불구하고, 당사자 간 부분적 불합의를 해결하는데 전통적 ‘last shot’ 원칙을 적용하지 않았다. 오히려, 법원은 이행을 통하여 당사자들이 필수계약조건에 대한 기본적인 합의를 분명히 하였으며 상충하는 조건을 제외하고 실질적으로 공통된 표준조건만을 강제할 수 있다고 하였다.¹⁰⁸⁾

2002년 독일대법원의 Powdered milk 사건에서,¹⁰⁹⁾ 대법원은 독일 대법원은 충돌하는 표준조건에도 불구하고, 계약은 유효하며, 충돌하는 조건은 무효이며 각각의 사안을 규율하는 협약의 조항으로 대체된다. 독일회사는 네덜란드회사에 분유를 판매하고, 네덜란드회사는 알제리와 아루바에 소비자에게 물품을 수출하였다. 소비자들은 분유 일부에 결함에 대하여 소를 제기하였고 매수인은 독일매도인에게 손해배상을 제기하였다. 독일매도인은 결함을 인정하고 분유의 반품을 제시하였으나, 매수인이 요청한 손해에 대한 배상을 거절하였다. 매도인과 매수인간 책임제한 조항이 서로 상충하였다. 이에 대법원은 매수인의 표준조건이나 매도인의 표준조건 어느 것도 계약상 합의에 이르지 않았음을 확인하였다. 일부 불분명한 주장에도 불구하고, 독일대법원의 핵심메시지는 명확하였다: “충돌하는 표준서식은 전적으로 효력이 없으며 CISG 규정으로 대체되며, 그러한 계약은 유효하다는 것이다.”¹¹⁰⁾

독일법원은 knock out 원칙이 아마도 다수설일 것이라고 판시하고 있다.¹¹¹⁾ 결과적으로 미국법원은 CISG와 관련한 사례에서 지속적으로 last shot 원칙을 적용하는 반면, 독일법원은 실제로 knock out 원칙을 적용하고 있다는 점이다. 이는 서식분쟁에 있어서 법적확실성을 해치는 것이다.

107) Giesela Ruhl, *op. cit.*, p.201.

108) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/951006g1.html> (2017년 9월 16일 최종방문)

109) 자세한 사항은 석광현, 전게서, p.96을 참조바람.

110) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020109g1.html> (2017년 9월 16일 최종방문)

111) 석광현, 전게서, p.97.

2. 기타의 서식분쟁 사례

Last shot 원칙을 고수하고 있는 대표적인 국가는 영국이다.¹¹²⁾ 영국법원은 청약과 승낙의 일반원칙을 서식분쟁에 적용하므로, 청약과 일치하지 아니하는 모든 승낙은 거절과 동시에 반대청약으로 간주한다. 그러나 영국법에 의거하여서도 승낙은 명시적인 승낙뿐만 아니라 행위에 의하여도 가능하다. 계약이 행위에 의하여 승낙이 이루어지고 표준서식이 충돌하는 경우, “last shot 원칙”이 적용된다. 그러나 영국에서 서식분쟁사례에 last shot 원칙을 적용하는 것에 대하여 Butler Machine 사건에서 Denning 경에 의해 문제가 제기되었다.¹¹³⁾ Denning 경은 서식분쟁 문제를 해결하기 위하여 비록 전통적인 접근방법을 수용하더라도, 현대적 견해로 법원이 계약성립의 문제와 계약내용의 문제를 분리하여야 한다고 하였다.¹¹⁴⁾

최근 *Tekdata Interconnection Ltd v. Amphenol*¹¹⁵⁾ 사건에서 쟁점은 전통적인 청약과 승낙 분석이 장기계약관계에 대한 당사자의 이행에 대한 참조로 대체되어질 수 있는지 여부였다. 사건의 당사자들은 공급망의 일부였으며 다년간 거래관계를 지속해 왔다. Tekdata는 Amphenol로부터 부품을 매입하였다. Tekdata의 구매주문서에는 Tekdata 자신의 조건으로 한다고 하였다. Amphenol은 Tekdata에 확인서를 발송하면서 Amphenol의 조건이 적용된다고 하였다. 분쟁이 발생하였고 양 당사자들은 해당 계약은 자신의 조건에 따라야 한다고 주장하였다. 전통적 관점은 더 이상 서류가 양 당사자 간에 주고받지 않았고, Tekdata가 부품을 인수하였다면, 해당계약은 Amphenol의 확인서의 조건에 따른다는 것이다. 하지만, Butler 사건에서, Denning 경은 대안적 분석을 제시하였다. 청약, 반대청약, 거절 및 승낙의 전통적인 접근방법은 구시대적인 것이며, 서식 간 차이가 있는 경우, 모든 실질적인 점에 대하여 그들이 합의에 도달하였는지 여부를 당사자 간 주고받는 서류나 이행에서 얻는 것이 보다 나은 방법이라고 하였다. 그러나 Tekdata 사건에서 Dyson 판사는 last shot doctrine은 기회주의적이고 잠재적

112) *Hyde v. Wrench*, 49 Eng. Rep. 132 (1840) 경상의 법칙을 정립한 *Hyde v. Wrench* 사건에서 도출된 원칙은 반대청약이 원청약을 파괴하는 효과를 가질 수 있으며 피청약자에 의한 승낙이 될 수 없다는 것이다. 해당 사례에서, 피고는 1천 파운드로 자신의 농작물을 팔기위하여 청약을 하였다. 처음에 원고는 9백 파운드의 반대청약을 하였고 이후 1천파운드를 지급할 것을 합의하였다. 하지만 원청약을 거절하는 효력을 가진 반대청약이 있었으므로 어떠한 계약도 성립되지 않았다고 판결되었다. 그러한 반대청약으로 인하여, 원청약은 더 이상 그에게(피청약자) 승낙하도록 할 수 없다고 결론 내렸다. <http://www.e-lawresources.co.uk/Hyde-v-Wrench.php>

113) *Butler Machine Tool Co., Ltd v. Ex-Cell-O Corp. (England), Ltd.*, 1 W.L.R. 401, 404-405 (1979).

114) Giesela Ruhl, *op. cit.*, pp.194-195.

115) *Tekdata Interconnection Ltd v. Amphenol* [2009] EWCA CIV 1209, [2010] 1 Lloyd's Rep. 357.

으로 독단적일 수 있다는 것을 동의하면서, 계약의 성립을 규율하는 원칙은 오래전부터 정립되어왔으며, 전통적인 청약과 승낙의 분석이 일반적으로 서식분쟁사례에 적용되어왔다고 하였다. 또한 그는 Tekdata가 Amphenol의 확인서가 Tekdata의 청약에 대한 부적격한 승인이라는 것을 증명할 수 없었다. Amphenol의 조건을 언급하는 확인서에 문구는 계약상 효력을 가지며 당사자들이 명시적으로 거부하지 않았으므로 무시되어질 수 없다고 하였다. 항소법원이 서식분쟁사례에 전통적인 분석을 재언급(restated)하였더라도, 구매자의 조건이 적용되어진다고 결론을 내릴 수 있는 드문 상황이 있을 수 있다고 지적하였다.¹¹⁶⁾

한편, 하지만 last shot 원칙이 적용되는 경우라도, 마지막 청약의 승낙에 반대의도에 대한 실제적인 증거가 있다면 이행만으로도 추론될 수 없다. 예를 들어, *GHSP v. AB Electronic*¹¹⁷⁾ 사건을 보면, 양 당사자는 명시적으로 그리고 반복적으로 타방 당사자의 표준서식에 따른 계약을 거절하였으며, 그러므로 법원은 일방당사자에 대한 묵시적 승낙으로 볼 수 없다고 하였다. 결과적으로 법원은 어떤 표준조건도 포함되지 않는다고 판결 내렸다.

V. 결론 및 함의

전 세계적으로 국제상거래에서 양 당사자 간 상이한 표준서식으로 인하여 분쟁이 발생하는 경우, 해결원칙으로 제시되고 있는 것으로는 전통적 방법인 last shot 원칙, 현대적 방법인 knock-out 원칙, 그리고 대안적 방안으로 제시된 best shot 원칙이 있다. 서식분쟁문제에서 출발점은 계약이 존재하는가? 존재한다면 계약의 조건 혹은 내용은 무엇인가? 이다. 주로 이용되고 있는 last shot원칙과 knock out원칙 모두 경상의 법칙을 근거로 하고 있다. (이행을 통한) 묵시적 승낙에 근거한 last shot과 합의를 근거로 (상충하는 조건을) knock out하는 것이다. 양자가 계약의 존재 혹은 성립이라는 동일한 사안을 두고 그 근거를 달리하는 것이라 할 수 있다. 물론, 개별국가가 취하는 입장이 상이하겠지만 현재 미국, 독일, 프랑스, 유럽계약법원칙, UNIDROIT 원칙, 그리고 CISG 자문위원회 등에서 knock out원칙을 취하고 있다. 이것이 표준서식과 관련한 현대적 견해이기도 하다. 안타깝게도 우리나라에서는 아직 표준서식의 충돌에 대한 해결방안이 확정

116) Phillip Morgan, "Battle of the Forms: Restating the Orthodox", *The Cambridge Law Journal* 230, 2010, pp.230-232.

117) *GHSP Inc v AB Electronic Ltd* [2010] EWHC 1828 (Comm) (20 July 2010)

되어 있지 않다.

최근 헤이그준거법원칙에서는 서식분쟁과 관련하여 CISG와의 관계에서 해결방안을 제시하고 있다. 분석을 통하여 첫째, CISG와 관련한 사항에서는 CISG를 적용한다는 결론을 내리고는 있으나 그 해결과정이 다소 복잡하기도 하고, 전제조건이 상이해지는 경우 결과도 달라질 수 있다는 문제가 있다. 둘째, 법원이 결국은 준거법으로 지정된 법이 last shot 원칙을 따르는지 knock out 원칙을 따르는지 결정하여야 하는데, 이를 파악하는 것이 쉽지도 않을 뿐만 아니라 결국은 법적 불확실성으로 이어진다는 것이다. 끝으로, 과정상의 문제점은 뒤로하고라도, CISG 자체적으로 last shot원칙 혹은 knock out 원칙을 따르고 있는지 명확하지 않다는 점이다. 미국과 독일에서의 CISG상 서식분쟁과 관련한 사례를 통하여서도 알 수 있듯이 각국의 법원이 CISG를 분석하는 방법이 상이하다. 미국에서는 CISG가 last shot원칙을 취한다고 판결하고 있으며 독일에서는 CISG가 knock out원칙을 따른다고 보고 있다. 즉, CISG에 대한 실질적으로 통일적 해석이 없으므로 법원이 어떠한 원칙을 따라야 하는지 여부가 확실하지 않게 된다. 이는 국제적으로 서식분쟁의 해결에서 CISG가 직면하고 있는 가장 큰 문제점으로, 상이한 법원들의 다양한 해석이라고 볼 수 있다. 이를 해결하기 위하여 각국 법원은 CISG의 일반원칙에 따라 국제적 해석을 하여야 할 것이다.

실무적 입장에서는 표준서식을 사용하는 것이 편리하기도 하고 시간도 절약된다는 점에서 매우 매력적이다. 그리고 대부분의 거래가 그렇게 이루어지고 있다. 하지만 이것이 독이 되지 않기 위해서는 먼저, 영국의 사례에서 보여주듯이 상대방의 표준서식을 거절을 반드시 명시적으로 하여야 한다. 또한, 인코텀즈2010®이나 국제상업회의소(ICC) 표준약관 등 국제적으로 공신력 있는 기관의 서식을 이용하도록 하여야 한다. 이와 더불어 knock out 원칙을 취하는 것이 국제적인 추세이기는 하나 우리나라에서도 명확한 입법이 이루어져 법적 불확실성을 조금이나마 제거할 수 있길 기대해 본다.

참고문헌

- 가정준(2013), “민법적 시각에서 본 CISG상의 서식전쟁”, 「국제거래법연구」, 제22집 제1호, pp.209-232.
- 강원진(2013), 「무역계약론」 제4판(수정판), 박영사.
- 권종걸(2016), “국제상사계약의 준거법에 관한 헤이그준거법원칙상 준거법으로서 법규범 지정”, 「동북아법연구」, 제10권 제1호, pp.14-57.
- 김선국(2009), “비교 계약법적 관점에서 본 CISG: 앞으로의 관제-Battle of Forms와 몇 가지 점을 중심으로-”, 「국제거래법연구」, 제18집 제1호, pp.29-47.
- 김성민(2015), “서식의 충돌시 계약 내용의 확정” 「민사법학」, 제73호.
- _____(2017), “서식의 충돌의 국제사법상 쟁점”, 「국제사법연구」, 제23권 제1호.
- 김진우(2011), “CISG에서의 약관의 충돌문제”, 「국제거래법연구」, 제20집 제2호, pp.167-194.
- 박득배(2016), “계약해석의 법리로서 ‘효율’에 관한 연구”, 「소비자문제연구」, 제47권 제3호, pp.113-135.
- 박선아(2009), “국제물품매매계약에서 서식전쟁에 관한 연구”, 「국제법무」, 제1권 제2호, 제주대학교 법과 비교연구소.
- 석광현(2011), “국제물품매매협약(CISG)을 적용한 우리 판결의 소개와 검토”, 「국제거래법연구」, 제20집 제1호, 국제거래법학회.
- _____(2010), 「국제물품매매계약의 법리」, 박영사.
- 송경석·양정호(2005), “국제물품매매계약에 있어서 서식전쟁에 관한 법리연구”, 「관세학회지」, 제6권 제2호, pp.427-442.
- 오세창·박성호(2014), “서식전쟁에 관한 비교법적 연구”, 「무역상무연구」, 제61권, pp.57-90.
- 우광명·노현수(2008), “국제물품매매계약의 성립에 관한 서식분쟁 해결의 타당한 접근법”, 「국제상학」, 제23권 제2호, pp.5-25.
- 이병문·고상훈(2017), “CISG상 약관의 계약편입에 관한 연구”, 「무역학회지」, 제42권 제1호, pp.257-281.
- _____. 신건훈(2017), “CISG상 약관의 편입에 관한 최근 판례연구”, 「무역연구」, 제13권 제1호, pp.347-361.
- 이혜민, “국제물품매매에 관한 UN협약(CISG) 발효 후 10년, 우리 판결례의 동향과 시사점”, 「사법논집」, 제61집, 사법발전재단, 2015.
- 정홍식(2015), “헤이그 국제상사계약 준거법 원칙”, 「통상법률」, 제125호, pp.14-57.

- 최창렬(2011), “계약의 서식분쟁(Battle of Forms)에 관한 소고”, 「국제거래법연구」, 제20집 제2호, pp.223-247.
- 한나희·하충룡(2016), “미국법원의 판례를 통한 CISG 적용상의 함의”, 「통상정보연구」, 제18권 제4호, pp.195-217.
- Brooke Adele Marshall(2016), “The Hague Choice of Law Principles, CISG and PICC : A Hard Look at a Choice of Soft Law”, *Max Planck Private Law Research Paper No. 16/27*.
- Caroline N. Brown(1991), “Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work”, *69 N.C. L. Rev. 893*.
- Gerhard Dannemann(2000), “The “Battle of the Forms” and the Conflict of Laws”, *Lex Mercatoria : Essays on International commercial Law in Honour of Francis Reynolds 199, LLP*.
- Giesela Ruhl,(2003), “The Battle of the Forms : Comparative and Economic Observations”, *U. Pa. J. Int’l Econ. L. 24:1*.
- Marta Pertegas · Brooke Adele Marshall(2014), “Party Autonomy and Its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, *Brook. J. Int’l L. Vol.39:3*.
- Peter Winship(2015), “The Hague Principles, The CISG and The “Battle of Forms””, *4 Penn. St. J.L. & Int’l Aff. 151*.
- Phillip Morgan(2010), “Battle of the Forms: Restating the Orthodox”, *The Cambridge Law Journal 230*.
- Sandra De Vito Bieri · Simon Bachtold(2014), “International Arbitration and Viennan Convention A Love Story?”, *Bratschi Siederkehr & Bonb Ltd. Arbitration Newsletter*, August.
- Siti Fairuz Binti Nor Azhar(2017), “Battle of Forms in the Formation of International Commercial Contract: An Assessment of their Comparative Merit”, *Vanc. J. Int. Bus. Law. Vol.1, No.1*.
- UNCITRAL(2016) Digest of Case Law on the UN Convention on CISG.
- Victor P. Goldberg(1997), “The Battle of the Forms : Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule”, *76 Or. L. Rev. 155*.
- Butler Machine Tool Co.(1979), Ltd v. Ex-Cell-O Corp.(England), Ltd., 1 W.L.R. 401.
- Filanto, S.p.A. v. Chilewich Int’l Corp.(1992), 789 F.Supp 1229 (S.D.N.Y.)
- GHSP Inc v AB Electronic Ltd (2010) EWHC 1828 (Comm) (20 July 2010)

Golden Valley Grape Juice & Wine, LLC v. Centrisys Corp., 2010 WL 347897.
Hanwha Corp. v. Cedar Petrochemicals, Inc.(2011), 760 F. Supp. 2d 426 (S.D.N.Y.).
Hyde v. Wrench(1840), 49 Eng. Rep. 132.
Magellan Int'l Corp. v. Salzgitter Handel GmbH, 76 F.Supp.2d 919 (N.D.Ill 1999).
Northrop Corp. v. Litronic Indus., 29 F.3d 1173 (7th Cir. Ill. 1994)
Roser Techs., Inc. v. Carl Schreiber GmbH, 2013 U.S. Dist. LEXIS 129242 (W.D. Pa 2013).
Tekdata Interconnection Ltd v. Amphenol [2009] EWCA CIV 1209, [2010] 1 Lloyd's Rep. 357.
Travelers Property Cas. Co. of America v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada
Ltd., 474 F.Supp.2d 1075 (D. Min. 2007)
[http:// www.uncitral.org/uncitral](http://www.uncitral.org/uncitral)(2017년 8월 23일 최종방문)
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2>(2017년 9월 16일 최종방문)

A Case Study on Battle of Forms in International Commercial Contracts

Na-Hee Han
Choong-Lyong Ha

Abstract

Nowaday typically international commercial transaction, buyer and seller communicate with each other using standard forms. So called “the battle of forms” results from the exchanges of these forms. There are several problems that have to be solved in the battle of the forms. For example, Do the exchanges of the different terms form a contract? What are the contract terms? Which party’s terms could apply? etc. Around the world, two basic types of rules are applied to solve the problem as to the battle of forms : last-shot rule and knock-out rule.

In 2015, Hague Conference in Private International Law finally approved Hague Principles. The principles deal with the battle of the forms. Also in 2013, CISG Advisory Council adopted the “Black letter rules” to provide an effective way of resolving regarding the inclusion of standard terms under the CISG. This study would try to comprehensively review the battle of forms concerning Hague Principles and CISG. The aim of this study is to propose the most appropriate way to resolve the problem of the battle of forms both parties.

〈Key Words〉 CISG, Hague Principles, Battle of Forms, Last shot Rule, Knock out Rule, Best shot Rule